

Sygn. akt: KIO 3334/22

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 27 grudnia 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 27 grudnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez **wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. EKODREN - Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Iwanowice z siedzibą w Iwanowicach Włociańskich**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. EKODREN Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Iwanowice z siedzibą w Iwanowicach Włociańskich - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Iwanowice” (nr sprawy: IGKR.271.1.20.2022.KBD). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 grudnia 2022 r., za numerem 2022/BZP 00475152/01.

W dniu 12 grudnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. EKODREN - Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy pzp, tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny;
- 2) sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 4 ustawy pzp, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 3) sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 6 ustawy pzp, tj. w sposób dopuszczający, pozornie, możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych;
- 4) sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, tj. w sposób niezgodny z właściwymi normami regulującymi przedmiot zamówienia;
- 5) określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy pzp, tj. w sposób uniemożliwiający określenie, jak należy rozumieć warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy;
- 6) określenia obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 95 ust. 1 ustawy pzp, tj. w sposób odmienny w SWZ oraz projekcie umowy (różny zakres czynności, które determinują konieczność zatrudnienia na podstawie umowy o pracę);

7) opisanie kryterium oceny ofert „Energochłonność” w sposób niezgodny z przepisem art. 240 ust. 2 ustawy pzp, tj. w sposób umożliwiający nieporównywalność złożonych ofert i oświadczeń wykonawców w ramach tego kryterium;

8) zaniechania wprowadzenia postanowień umownych zgodnie z wymogami określonymi w przepisach art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. w sposób nieprzewidujący „waloryzacji” umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie będzie wewnątrznie sprzeczny i będzie pozwalał wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty oraz będzie przedstawiał rzetelnie wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia;

2) art. 99 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie stanowił wyraz prawdziwych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie zgodnych z przepisami;

3) art. 99 ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równowagę, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie rzeczywiście możliwym będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych;

4) art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez odesłanie do normy i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia określonych elementów dotyczących realizacji postanowień normy, podczas gdy wymogi wynikające wprost z właściwej normy są odmienne aniżeli uczynił to Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia;

5) art. 112 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że nie jest możliwe jednoznaczne określenie, jakie wymogi zostały postawione przed potencjalnym wykonawcą w zakresie warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest

takie opisanie warunku udziału w postępowaniu, aby nie pozostawiać żadnych wątpliwości dotyczących elementów składowych warunku udziału w postępowaniu;

6) art. 95 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez określenie okoliczności, w jakich osoby mają być zatrudnione na podstawie umowy o pracę w sposób odmienny w treści SWZ oraz odmiennie w projekcie umowy, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest takie opisanie tego wymogu, aby nie było wątpliwości, w jakim konkretnie zakresie Zamawiający stawia wymóg zatrudnienia osób wykonujących przedmiot zamówienia w oparciu o umowę o pracę.

7) art. 240 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 240 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez opisanie kryterium oceny ofert „Energochłonność” w sposób uniemożliwiający rzetelną ocenę ofert i porównanie zaoferowanych oczyszczalni ścieków, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest takie opisanie kryterium oceny ofert, aby Zamawiający miał możliwość rzeczywistej weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;

8) art. 439 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 439 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia do projektu umowy postanowień dotyczących „waloryzacji” umowy, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest wprowadzenie takich postanowień do projektu umowy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób zgodny z treścią odwołania tj.:

1. dokonania czynności usunięcia postanowień określających technologię oczyszczalni ścieków.
2. dokonania czynności usunięcia postanowień określających budowę oczyszczalni ścieków.
3. dokonania modyfikacji dokumentacji w ten sposób, że zostaną usunięte wymagania dotyczące monolityczności, braku możliwości zaoferowania oczyszczalni spawanych/zgrzewanych/skręcanych czy sposobu wewnętrznego podziału (budowy) oczyszczalni.
4. dokonania doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z normą, tj. poprzez wykreślenie wymogu wykonania oczyszczalni z określonego materiału i w określony sposób.

5. dokonania doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z normą, tj. poprzez wykreślenie wymogu, aby oczyszczalnia nie posiadała elementów elektrycznych.
6. usunięcia wymogu przedstawienia „schematów proponowanych oczyszczalni potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane”.
7. dokonania modyfikacji treści dokumentacji postępowania poprzez opisanie warunków równoważności w zgodzie z obowiązującymi normami i ustawą pzp.
8. dokonania modyfikacji treści dokumentów zamówienia w ten sposób, że dokładnie określone zostanie, czy wymagane będzie dokonanie zgłoszeń wodnoprawnych lub uzyskanie pozwoleń wodnoprawnych, a jeżeli tak, to kto będzie za tę procedurę odpowiedzialny.
9. dokonania czynności usunięcia z postanowienia § 2 ust. 6 wzoru umowy treści dotyczącej nieograniczonej możliwości ingerencji w harmonogram zaproponowany przez wykonawcę LUB wskazania procedury odwoławczej umożliwiającej niewprowadzanie zmian do harmonogramu wskazywanych przez Zamawiającego.
10. doprecyzowania dokumentacji postępowania w ten sposób, że dla każdej lokalizacji zostanie wskazane, jaka oczyszczalnia ma zostać zaoferowana (w zakresie RLM oraz przepustowości).
11. dokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania w ten sposób, że opierać się ona będzie wyłącznie na przepisach prawa obowiązujących, a nie nieaktualnych.
12. doprecyzowanie dokumentacji postępowania poprzez usunięcie postanowień dotyczących rozliczeń kosztorysowych, pozostawiając jedynie właściwe dla wynagrodzenia ryczałtowego.
13. dokonania czynności usunięcia wymogu przedstawienia certyfikatu dla producenta oczyszczalni ścieków z dokumentacji postępowania.
14. dokonanie zmian w dokumentacji postępowania w ten sposób, że uwzględnione zostaną właściwe przepisy dotyczące uprawnień osób wykonujących czynności w postępowaniu i usunięte zostaną wymagania, które nie wynikają z przepisów Prawa budowlanego.
15. dokonanie takiej zmiany dokumentów zamówienia, że zostaną usunięte odesłania w zakresie osób do S(I)WZ, wykazu osób czy warunku udziału w postępowaniu.
16. dokonanie zmiany dokumentacji postępowania w ten sposób, że w przypadkach związanych ze zwiększeniem lub zmniejszeniem zakresu zamówienia w oparciu

o postanowienia rozdziału 3 ust. 5 i 6 SWZ, koszty zostaną obliczone na podstawie rzeczywistych kosztów zmniejszenia lub zwiększenia zakresu.

17. dokonania modyfikacji rozdziału 3 ust. 8 lit. C SWZ w ten sposób, że wymóg ten zostanie wykreślony lub zostanie zmodyfikowany w ten sposób, że Zamawiający dokładnie opisze, co należy rozumieć przez kwestionowany fragment.

18. dokonania modyfikacji postanowienia § 4 ust. 2 pkt 19) projektu umowy w ten sposób, że postanowienie to zostanie usunięte lub zostanie dokładnie określone, w jakim zakresie można wykonywać badania i kto ponosi ich koszt.

19. dokonania modyfikacji postanowienia § 4 ust. 2 pkt 31) projektu umowy w ten sposób, że postanowienie to zostanie usunięte lub zostanie dokładnie określone, w jakim zakresie można wydawać wytyczne wykonawcy oraz jaka jest procedura uwzględniania lub odmowy uwzględniania tychże wytycznych.

20. wprowadzenie zmian w projekcie umowy w ten sposób, że wykreślony z postanowienia § 15 ust. 1 pkt 1) projektu umowy w zakresie podstaw do odstąpienia z uwagi na niespełnienie wytycznych Zamawiającego lub Inspektora Nadzoru.

21. wprowadzenie zmian w projekcie umowy w ten sposób, że odesłania wskazane w treści projektu umowy będą odsyłały do prawidłowych postanowień projektu umowy.

22. wprowadzenie zmian w projekcie umowy w ten sposób, że naruszenie wskazane w postanowieniu § 14 ust. 1 pkt 7) projektu umowy będzie obarczone karą w wysokości 500 zł za każdy przypadek.

23. usunięcia kryterium energochłonności.

24. dokonania modyfikacji dokumentów postępowania w ten sposób, że ujednolicony zostanie zakres dotyczący wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

25. dokonania modyfikacji projektu umowy w ten sposób, że zostaną wprowadzone postanowienia dotyczące waloryzacji, przez co wypełni się obowiązki wskazane w przepisach art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie

zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 21 grudnia 2022 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu wniesionego odwołania w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo uwzględniające odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie uwzględnione przed otwarciem rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....